9

✠

POR LOS SEÑORES DON GREGORIO LOPEZ DE MENDIzaual, del Consejo de su Magestad, y Doña Teresa de Vribe su muger, y por Don Iuan de Vribe y Yarça, posseedor del Mayorazgo de quatro mil ducados de renta, que instituyò el General Iuan de Vribe Apallua.

EN EL PLEYTO

CON LOS ACREEDORES DEL dicho General, y de Doña Maria de Oçaeta su muger, que está visto, y dexado al Acuerdo, sobre aprobar la separacion, y liquidacion hecha por el Relator.

Se suplica a V. merced passe los ojos por este Apuntamiento, en que se responde a el Papel que por las partes contrarias se ha dado.



VNQVE en la relacion que se haze de el Hecho en el papel que la parte contraria ha dado, està cortado y dispuesto a su modo, conque nos obligaua a ajustarnos por menor, todavia por euitar su prolija narracion, passaremos con el, aduirtiendo solamente, que en la demanda que se puso por los interessados en el Mayorazgo que el General Iuan de Vribe instituyô quando casò con Doña Maria de Oçaeta, se pidio q̃ de los bienes de el dicho General, y de lo mejor y mas bié parado de ellos se le hiziesse pago de los quatro mil ducados de renta de su dotacion, graduãdole por ellos en mejor y primero grado, y que entre las demas alegaciones que los Acreedores hizieron contradiciendo la graduacion, insistieron siempre, en que quãdo algun derecho huuiesse para cobrarlos, auia de ser en los Iuros que el dicho General tenia al tiempo que hizo las Capitulaciones Matrimoniales a razon de catorze el millar: assi lo alegaron en la primera instancia en la respuesta à nuestro pedimiento, como consta a fojas 115. y 116. Ramo 10. y sin embargo cayò la sentencia de el Iuez Ordinario, que graduò en tercero lugar este Mayorazgo por los quatro mil ducados de renta y su principal à 20. el millar: y en la apelaciõ que de ella interpusieron las partes contrarias dizen, que apelan de no auerle mandado pagar de las rentas de Iuros que el dicho General tenia à razon de 14. al millar, assi consta a fojas 148. y 161. Ramo 9.

Rursus en la sentencia de Vista, auiendose graduado este Mayorazgo en octauo lugar, a que se añadio, que en quanto a la paga de los quatro mil ducados de renta se hiziesse pro rata en Iuros, censos, y bienes, considerado todo conforme el valor que tenia al tiempo de las Capitulaciones Matrimoniales. Suplicarõ tambien della los Acreedores, confessando, que los quatro mil ducados se assignaron en todos los bienes que el General tenia, pero q̃ esto no induzia especialidad, insistiendo en su primer intento, de que se auian de pagar en Iuros a razon de 14. el millar, consta a fojas 338. Ramo 9. conque la causa se sentenciò en Reuista, confirmandose a la letra lo que en Vista estaua mandado: y para ajustar el rateo se pidiò y mando hazer

la

la liquidacion que està hecha y presentada, y pretendemos se apruebe.

Hoc igitur supposito, inferimos bien, que en quanto a ratearse estos quatro mil ducados de renta en los Iuros, tributos, y demas bienes que el General Iuan de Oribe tenia quando capitulò su casamiento con Doña Maria de Oçaeta, ay cosa oy decidida no menos que por vna executoria, porque como quedô apuntado desde el principio de este pleyto, se controuirtiò no solo sobre si se auian de pagar al Mayorazgo los quatro mil ducados de renta de su dotacion porque se opuso, sino la forma en que se le auia de hazer la paga: a que precisamente respondieron las sentencias, en que se decidiò que auia de ser en Iuros y rẽtas, y dema bienes, rateandose en ellos. Con que auiendo controuersia Iudicial, y sentencias que la difinen, mal se puede negar la cosa juzgada, que conforme la difine Modestino en la ley 1. ff. eodem: *Illa dicitur, quæ finem controuersiarum pronuntiatione iudicis accepit.* A que añadio Azon in Summa eiusdem tituli, num. 1. *Quæ nullo remedio retractari potest.* Como en nuestro caso, que ay executoria, o como dixo Hostiense en la Summa ad eundem titulum: *Est veritas inter partes in iudicium versa per diffinitiuam sententiam declarata*: que es lo que aqui se hizo. No puede escusarse la nota de Iason in dict. l. prima, num. 1. que explica bien que sea cosa juzgada, y quando se darã: *Nota* (dize) *ex hoc textu diffinitionẽ rei iudicatæ, quia est illa, quæ accipit finem controuersiarum, ex pronuntiatione Iudicis, & sic non est illa quæ imponit finem controuersiæ, sed quæ accipit: & sic res iudicata non se habet per modũ agentis, sed per modum pacientis, & apparet esse differentiã, & rem iudicatam, tanquam inter decidens, & decisum; nam res iudicata est ipsa lis, & causa decisa, & determinata, sententia verô est ipsa Iudicis pronuntiatio, quæ ei finem imponit, &c.* Addendi plures quos citat Nevius in sistegmate ad illum textum, plura ex pluribus Pichardus in manuductione ad praxim.

Con que concurren dos principios, que es bien notarlos aqui. El primero, que assi como el Derecho no sufre que el Iuez pronuncie en cosa de que no se tratò, assi no permite que dexe de pronunciar en aquello que se ha tratado y cõtrouertido. A la primera parte de esta proposiciõ se reduze

el verdadero entendimiento de aquella reglilla, ô tradicion comun: *Sententia debet esse conformis libello*, como magistralmente lo dixo Donello, y lo sumô Illigero su enucleador, segũdo tomo, lib. 26. cap. 4. in notis, litera A. ibi: *Verùm eius sensum esse ne iudicetur de re in iudicio nõ tractata, perperam verò ac crassè ita accipi quasi Iudicis arbitrium, & potestas recedere nequeant â desiderio actoris*: pluribus adductis Pichardus in commentario ad. §. sic itaque discretis, Instit. de actionibus à num. 63. ibi: *Dicendum ergo est vulgarem traditionem ita crassè intellectam admittendam non esse sententiam libello conformem esse debere, sed non posse Iudicem de re in iudicio non tractata decernere.*

Y llamase *res tractata in iudicio*, no solo aquello que deduze en su demanda el Actor, sino aquello tambien que el Reo deduze en sus excepciones y defensas, que es lo que dixo el texto en la ley final, Cod. de annali exceptione, dõde lo notan los Doctores. Et rursus no solo aquello en q̃ los litigantes conuienen que se deduzga, sino aquello tambiẽ en que expressamente no se conuinieron que se dexasse de deducir: *Solemus dicere* (dixo Vlpiano en la ley solemus. 61. ff. de iudicijs) *id venire in iudicium, de quo actum est inter litigantes, sed Celsus ait periculosum esse ex persona rei hoc metiri, qui semper ne condemnetur hoc dicit non conuenisse: quid ergo? melius est dicere id venire in iudicium, non de quo actum est, vt veniret, sed id non venire de quo nominatim actum est ne veniret.* Donde sacô Bart. por conclusion, *In iudicio venit id quod sub petitione proposita potest comprehendi, nisi contrarium actum sit.*

La segunda parte de la dicha proposiciõ no ha menester mas prueba que las palabras de Iuliano en la ley 74. eodem titulo de Iudicijs, que denotan bien quan necessaria sea pronunciacion y sentencia donde ha auido conocimiẽto de causa: *De qua re cognouerit Iudex* (dize) *pronuntiare quoque cogendus est.* Y aplicanse bien estas doctrinas a este caso, en el qual por parte de el Mayorazgo se pretendiò, que de todos los bienes de el General Iuan de Vribe Apallua se le auia de hazer pago de los quatro mil ducados de renta de su dotacion. Por parte de los Acreedores no solo se contradixo esta paga, sino se añadiò, que quãdo huuiera de hazerse, auia de ser solamente en Iuros a razon de catorze:

demanera que se introduxo en el juyzio la forma en que se auia de hazer (en caso que huuiesse lugar) cõque necessario fue decidir lo vno y lo otro, y esto se hizo por las sentencias: ergo biẽ se dize que en lo vno y en lo otro ay cosa juzgada y difinida.

El segundo principio sea, que en la cosa juzgada, y las sentencias de que se compone, no ay que buscar interpretaciones que siruan mas de cabilarlas que de entenderlas, sino mirar sus palabras, y considerar que valen tanto como suenan, ex regula textus in .l.1. Cod. si plures vna sententia, vbi communiter Interpretes post Bart. in .l. Iulianus, num.5. ff. de condictione indebiti, seguido comunmente por todos, teste Petro Surdo consil. 289. nu.37. volum.2. y mejor en el 340. num.2. ibi: *Est enim sententia stricti iuris, ita vt non liceat egredi eius verba, & in ea non datur extensio, sed insistendum est verbis tenaciter.* Lo mismo repitiô en la decisiõ 212. num.13. ibi: *Et vltra non extenditur quam importet verborum sonus.* Plures congerit Menochius cons.8. tom.1. nu. 89. ibi: *Et tantum disponit quantum loquitur.* Riminald. Iun. cons.331. num.3. ibi: *Et debent entelligi prout iacent.* Optimê Becius cons.143. num.30 tom.2. A que añadiò Iason en la Rubrica, Codice de Iudicijs, num. final, con Baldo y otros: *Quod verba sententiæ ponderari debent, sicut verba contractus.* Porque como estas informan, y muestran el animo de los contrayentes, assi aquellas el de los Iuezes. Vndê cũ in presenti clara y patentemente por las sentencias de Vista y Reuista se diga, que los quatro mil ducados de renta *se rateen en los Iuros, rentas, y demas bienes que tenia el General Iuan de Vribe al tiempo que otorgò las Capitulaciones matrimoniales.* No ay que insistir en que solo se ha de entender en los Iuros, y rentas, y no en los demas bienes.

Ajustado assi que ay cosa juzgada, que dà la forma en q̃ el Mayorazgo ha de ser pagado de ello, sacamos dos ilaciones, cõque entramos en la respuesta al Papel de la parte contraria. La primera sea, que se le opone bien la excepcion rei iudicatæ, *quæ tunc obstat*, como bien fundò Angelo en la ley cum quæritur. ff. de re iudicata, a quiẽ siguiò Surdo, que alega a otros, consil.312. num.9. *Vbicumque secũdum iudicium venit ad recisionem eius, quod in primo determinatũ*

est.

est, como aquí se haria si se determinasse aora que la paga ha de ser no mas que en Iuros y rentas, o como dixo con Bart. Cino, Baldo, Alberico, Curcio, y otros muchos, Hypolito Riminaldo Iunior conf. 413 nu. 8. *Quando in secundo iudicio examinatur id quod iam fuit decisum in primo*; que es lo que quiere introduzir la parte contraria, disputando aora quid importãt verba illa, *Bienes, Iuros, y rentas*, de que se vsô en las dichas Capitulaciones, y en que tanto se discurriò en el Discurso de este litigio: ergo meritò excludendus est.

La segunda ilacion sea, que el Relator no excediô vn apice de lo que se le cometio por la Sala, que fue liquidar las sentencias: nempè, formar el rateo que por ellas se mãda hazer, ajustando que Iuros, rentas, y otros Bienes tenia el General Iuan de Vribe al tiempo que capitulô, y esto verificado, ajustar en cada vna de estas especies quãto toca al Mayorazgo de los quatro mil ducados de renta de su dotacion, en que como bien se ve, no ay cosa que consista en Derecho, ni que sea agena de el Oficio de Contador, quando se tome tan amargamente como quiere el Abogado contrario en el num. 10 de su Papel, y no como quieren otros muchos Doctores, que le dàn *qualem qualem notionem*, punto que disputò despues de Ayora, Escobar de ratiocinijs, cap. 8 à num. 24. que acordadamente remata su Discurso con dezir: *Iudices tamen nostræ Cancellariæ cum attenta veritate, & non iuris subtilitate iudicare debeant, vt in l. 10. tit. 17. lib. 4. Compilationis, nunquam in prædicta difficultate insistunt, sed in eo solûm an calculatorum vota sint iuri, & rationi adæquata? & quidem hoc per omnes Iudices fieri deberet, cum non sit lex imposita verbis, sed rebus.* Por manera que quando el Relator en algo huuiera excedido, si huuiera procedido juridicamente, importâra muy poco para que su parecer no se aprobasse.

Y porque no se entiẽda que nos acogemos â la cosa juzgada quasi ad sacram anchoram, huyendo el cuerpo a la disputa, y temiendo los fundamentos conque nos acometen las partes contrarias, breuemente procuraremos dar a entender quan poco eficazes son, y q̃ quando no estuuiera decidido que los quatro mil ducados de renta se han de ra-

tear

tear en los Iuros, rentas, y demas bienes que tenia el General Iuan de Vribe, se auia de juzgar assi, y aprobar lo que hizo el Relator.

Suponiendo, como queda apuntado, que en la Clausula de las Capitulaciones matrimoniales del dicho General Iuan de Vribe, de cuyo entendimiento se contiende, ay dos cosas distintas, obligacion de acrecentar la Casa y Mayorazgo de Oçaeta en quatro mil ducados de renta, y assignacion que quiere se les haga, y desde luego les haze de los *Bienes, Iuros, y rentas* que entonces tenia: por manera q̃ tiene la dicha assignacion primero palabras generales, ó que significan genero, ibi: *De los Bienes*, y luego especiales, o que significan especies, que se comprehenden en el genero, ibi: *Iuros, y rentas.* Con que la question es saber *si quando præcedit genus, & species sequuntur, genus restringatur per species.* De suerte que porque a la palabra, *Bienes*, generica, y que comprehende toda suerte de Bienes, rayzes, muebles, Iuros, rentas, dineros, &c. se añadieron, ó supusieron las palabras, *Iuros, y rentas*, queda restringida a solas estas especies sin comprehẽder las demas: vel vice versa comprehenderà todas las otras demas de las especificadas. Tocarõ este punto muchos Doctores, vnos muy de passo, y otros con notable equiuocacion en los terminos, causada de la variedad conq̃ en el Derecho se tomã estas palabras, *genus, & species*, de que diremos algo despues. Quien la disputò mejor de los q̃ yo he visto fue Hypolito Riminaldo Iunior cons. 216. por muchos numeros, y en nuestro mismo caso: porque en el de aquel consejo, *Maritus legauit vxori generalibus verbis omnia, & quæcumq; bona mobilia, addendo vestes iocalia, torques anullos monilia, &c. Quærimus* (dize) *nunquid ex circunstãtijs specierum quas testator expressit, verba illa generalia & vniuersalia restringi debeant, & limitari ad illas species, & in eis tantùm verificari?* Y despues de auer puesto muy por menor desde el num. 1. hasta el. 18. los textos y Doctores que se suelen y pueden alegar para probar que el genero se restringe per enumerationẽ aliquarum specierum, desde el num. 18. hasta el 63. funda y resuelue lo contrario cõ gran copia de textos y Doctores, lugar copioso y decisiuo deste pleyto. Es muy bueno tambien el consejo de Iacobo Menochio

nochio 1157 à num. 12. donde alega otros Doctores, y va hablando *quando species ponitur post genus, mediante copula, &c.* que es lo mesmo q̃ el General hizo. Siguiò esto Ioseph de Sesse decisione Aragoniæ 248 à nu. 38. y que va hablãdo: *Quotiescumque species præcedunt genus; tunc* (dize) *enumeratio specierum præcedentium non restringit genus, imo ampliat ad alias res differentes specie. Pone exemplum in l. hoc legatum. §. final, cum l. ea tamen adiectio, de legatis. 3. vbi ita dicit testator: Lego vxori aurum argentum, vestes, & quæcumque eius causa parata sunt: dicit textus, quod species ampliant genus ad omnes alias species gratia mulieris comparatas.* Tambien es bueno el lugar de Lelio Altogrado cons. 61. num. 51. Y la mejor prueba de todas es discurrir por lo que el cõtrario nos opone, y ajustar quã ageno està de probar cõ ello su intento: *Ferro enim viã aperit qui per contraria transit*, conforme al brocardico vulgar.

Y començando por la ley si quis argẽtum, Cod. de donationibus, en que la parte contraria tanto insiste en el num. 11. de su Papel, no fauorece su intento, antes en ella se funda el nuestro muy bien: porque en el §. si verò redditum de que se vale, la donacion se hizo ex *Possessionibus* no mas: y esta palabra, *Possessio*, entre otras accepciones q̃ tiene, significa los Bienes mismos rayzes que vno possee. Notòlo Calepino, verbo *Possessio: Interdũ* (dize) *possessionis nomine intelligimus fundum, siuè agrum aliam, siuè quãuis rem immobilẽ*. Y trae el lugar de Cicerõ, q̃ es bueno: *Etiã si isti callidi rerũ æstimatores prata, & areas magno æstimant, quod ei generi possessionum nemo nocere potest.* Y no es menester salir de la misma ley si quis argentum. §. si verò redditum, ibi: *Nec tamen nomina possessionum edixerit.* Donde la palabra, *Possessio*, està en este significado. Vndè, si la renta se asignò solamente en possessiones, no es mucho que siguiendo el texto la assignacion mande *de sua substantia fundos tradere tantum redditũ inferre valentes*. Que es lo que se haze tambien por el Relator en quanto a Iuros y rentas: y nil mirum que nosotros cuya assignacion se estiende mas a essotros bienes, pidamos que se execute en ellos.

El parrafo *Sin autem donata* de la misma ley, se puede ponderar en nuestro fauor, en que el donador mãdò, verbi gratia, cien ducados de renta, sin tener possessiones de que

se

se pudiessen pagar, en este caso dize el texto que se pague al donatario en dineros a quinze el millar, ibi: *In redditibus autem in quindecim annos æstimationem præstet.* Si igitur quando vno se obliga a dar renta, y no tiene possessiones de q̃ darla, se ha de pagar en dineros a tanto, considerando a como valia el millar: ergo idem dicendum est en la rẽta que se obligó a dar, y no quiso se pagasse en possessiones, assignãdola en otros bienes. Casus enim voluntatis, & impotentiæ à pari procedunt.

Passemos al consejo de Pedro Surdo 319. en el qual leydo con atencion, no ay palabra que nos prejudique, ni que hable en nuestro caso, porque lo q̃ se controuirtió en el fue, si auiendo dexado a vno 300. ducados de renta, cumpliria el heredero con darle cada año 300. ducados en dineros, o tendria obligaciõ de entregarle el principal, para que lo tuuiesse y gozasse, y se pagasse de su mano? *Quidam nobilis* (dize en el num. 1.) *Reliquit in suo testamento tercẽtum aureos singulo anno de introitu Sempronio; fuit à me quæsitum, an tercentum aureos hæres pendere teneatur, vel potiùs cogi possit tantùm de substantia assignare, & tradere legatario, ex quo possit deductis omnibus expensis necessarijs percipere tercentum aureos?* Assi lo entendio tambien hablando en esta misma especie el señor Don Iuan del Castillo, a quien alega el contrario, tomo 4. cap. 33. num. 9. ibi: *Quo loco disputat* (scilicet Petrus Surdus) *ex proposito an legatario cui fuit legata annua pecunia de introitu sint præstandi fundi, ex quibus possit tantum introitum percipere.* En esta hypothesis, pues, funda este Autor, que ora diga el testador, *Dexole 300. ducados de renta*, ora passe adelante, y diga, *De mis possessiones*. En el vno, y en el otro caso es visto querer se le entregue el principal, y no cumplirà el heredero con darle cada año los 300. ducados en dineros. Esto, señor, ni lo negamos nosotros, ni tiene que ver con el punto de que se trata; porque estamos conformes ambas partes, en que el principal ha de entregarse, y la controuersia està en querer la parte contraria darnosle todo en Iuros y rentas, y pretẽder nosotros q̃ se nos ha de dar en todos los demas bienes que comprehendio la assignacion pro rata, conforme la sentencia y rateo del Relator que le correspondio.

Siguese el num. 13. en que el Abogado cõtrario quiere impugnar la respuesta que dimos a la ley si quis argẽtum, parrafo si verò redditum, Cod. de donationibus, y continuar los fundamentos de su pretension; y para ello dize, que quando la palabra *Bienes*, se pone simpliciter con alguna nota de vniuersalidad, entonces significa todos los Bienes: no empero quando se pone con alguna señal restrictiua, porque entonces esta especificacion antecedente o subsequente la restringe de modo que no comprehende mas de lo especificado. Verùm enim verò, la primera parte desta proposicion se implica en los terminos, y es falsa: implicase, porq̃ ponerse vna palabra simpliciter, que es lo mismo q̃ sola, & de per se, y ponerse cõ nota, implicã contradicion, y es falsa, porque los nombres y las proposiciones indefinitas equipollent vniuersalibus; que es lo de la ley si necessarias. §. si annua 3. ff. de pignoratitia actione, y de la ley 4. ff. de tutelis, y otras, y en particular esta palabra *Bona*, ella de si, sin ninguna nota, vniuersalitatem importat, que es lo que dixo la ley bonorum appellatio 208. ff. de verb. signif. *Bonum appellatio* (dixo Africano) *sicuti haereditatis vniuersalitatem quandam demonstrat*. La segunda parte de la proposicion es cierta, pero el exemplo no se aplica bien; porque cierto es, q̃ si a las palabras por generales que sean se les añade alguna restriccion de lugar, de tiempo, numero, quantidad, &c. quedan limitadas en su conformidad. Esto fue lo de la ley vxorem 41. §. legauerat. ff. de leg. 3. donde el Consulto dize, que vn testador: *legauerat per fideicommissum Seio quidquid in patria Gadibus possideo*. Y pregũta: *An pecunia quae in arca domi Gadibus inuenta esset, ex diuersis nominibus exacta, & ibi deposita debeatur?* Y responde que no, porque aunque el legado començò por palabras generales, *Quidquid possideo*, restringiose por palabras, *In patria Gadibus*, que se le añadieron, y assi el dinero depositado ad tẽpus, como notaron todos cõ Gofredo, litera. S. no se comprehẽdiò, porque no era de los bienes que se posseian alli. Empero esto, señor, que tiene que ver con el exemplo que de contrario se pone, *quando post genus enumerantur species*, las quales, como està dicho, no solamente no restringen, antes explican y augmentan.

De aqui se entienden facilmente algunos textos, de q̃ la parte contraria se vale, sea el primero la ley hæres 100 §. 1. ff. de leg. 3. y la ley 1. vers. si duæ. ff. de auro & argento legato, que es del mesmo argumento en que mucho insiste; las quales ni hablan en el caso presente, y si algo frisan con el, es en nuestro fauor, suponiẽdose con Bologneto in l. singularia. ff. si certum petatur, num. 20. Cujacio 2. tom. tit. de verbor. obligat. columna mihi 1471. Fabro de nummariorum solutionibus, cap. 2. num. 31. Riminaldo Iuniori cons. 556. num. 47. que genero, conforme a los Filosofos, es aquel que *prædicatur de pluribus differẽtibus specie*, como esta palabra, *animal*, que prædicatur de homine, y assi dezimos bien, *homo est animal*, de Leone, y assi dezimos bien, *Leo est animal*, de Equo, y assi dezimos biẽ, *Equs est animal*: y el Hombre, el Leon y el Cauallo difieren en especie. Species es aquella quæ prædicatur de pluribus differẽtibus numero, como homo, y assi dezimos bien, *Petrus est homo, Ioannes est homo*, & tamen Petrus & Ioannes, solo diferenciã en numero. Indiuiduos llamamos a las personas, o a las cosas que son de vna misma especie.

Bien es verdad, que como tambien enseñan estos Doctores en el Derecho algunas vezes a la especie se llama genero, y a los indiuiduos especies, y assi al que recibe vna cantidad prestada llamamos *debitor generis*, y no lo es sino de especie, y al que debe vn indiuiduo llamamos *debitor speciei* l. mutuum damus. ff. de rebus creditis. l. legato generaliter. 37. ff. de legatis. 1. l. in stipulationibus. 54. §. quoniam ff. de verborum obligationibus, vbi communiter notatur.

Esto supuesto, el caso de la dicha ley hæres. §. 1. y de la ley primera, vers. si duæ. ff. de auro & argento legato, que es del mesmo argumento, segun lo figura Biuiano: ita se habet, *Qui sex statuas marmoreas habebat, item habebat multum aliud marmor legauit duas statuas marmoreas, item legauit eidem omne suum marmor.* Y la duda fue; *Nunquid poterit petere omnes sex statuas marmoreas?* De manera que no se dudò, como en este pleyto, si la generalidad de el legado, ibi: *Omne marmor*, por auer expressado vna especie, nempè, *las estatuas*, quedò restringida a ellas, taliter, que no comprehendiò los Pila-

res,

res, las Pilas, & alias res marmoreas, que aliàs in genere cõprehendebantur. Antes esto se supone por cierto, como lo notô Accursio, verbo, præter duas, ibi: *Sed tamen omne aliud marmor debetur.* Mejor Alexandro ibidem num. 2. ibi: *Pone tale exemplum, lego Stichum, & Panfilium, & omne aliud animal, ista clausula restringitur, vt non extendatur ad alios homines, sed solùm ad animalia irratiocinabilia.* Por manera que en la duda sobre que se litiga, el texto es expresso en nuestro fauor: y la que en el resoluiô el Cõsulto es muy diferẽte, nempè, si por la enumeracion de dos indiuiduos de vna especie, de aquellas que in genere comprehendebantur, los demas indiuiduos de aquella especie mesma quedaron excluydos, y claro està que lo auian de quedar, vsando de la palabra numeral, *duas*, que como queda anotado restringe. Y quien dixo: Mandole dos estatuas, teniendo seis, no quiso que le diessen las otras quatro, antes las excluyô de el legado. La conclusion de Bartulo que alega la parte cõtraria, es tan clara, que no dexò que dudar: *Si nominantur* (dize) *aliqua indiuidua speciei contenta sub genere ad alia in eadẽ specie contenta, non prorrigitur illud genus:* no dize *Si nominẽtur species,* sino *indiuidua speciei:* no dize q̃ *ad alias species nõ prorrigatur genus, sed ad alia in specie contenta,* nempè, *indiuidua.*

Con estos mesmos principios se entiende tambien la ley legata. 9. ff. de supellectil legata, q̃ se alega de cõtrario, cuya decision claramẽte en su primera parte es en nuestro fauor: *Legata supellectile* (dize Papiniano) *cum species ex abũdãti per imperitiã enumerẽtur, generali legato nõ derogatur.* Dedõde sacò por cõclusion Panormit. en el cap. sedes de rescript. colum. fin. *Vbi species quæ sub genere cõprehẽdebatur, exprimitur ab ignorãte qui forsan ignorabat, quod illa species cõprehendebatur sub genere, tunc illa species non restringit in aliquo genus.* Este texto y esta conclusion de Abad aplica Riminaldo al caso en que escribiô el consejo 216. vt videre est num. 20. y alli se trataua de vna manda que vn Cauallero hizo a su muger. Et *sic* (dize Riminal.) *imperitus literarum.* Ergo bien le aplicaremos al nuestro, donde vn Cauallero, que toda su vida tratô de la milicia, y no de estudios, hizo otra manda a la suya.

Sin que los cõtrarios puedan valerse de la segunda parte

de

de este texto donde le alegan; porque con solo referir sus palabras no se necessita de otra interpretacion. *Si tamen species certi numeri* (dize) *demonstratæ fuerint, modus generi datus in ijs speciebus intelligitur.* Enumeraronse *species certi numeri* o con palabra numeral, hoc est, *indiuidua speciei*, y no se restringiò el genero para no significar mas especies sino para no cōprehender mas indiuiduos de aquella especie, esso es *modus generi datus in ijs speciebus.*

La glossa en la ley quæsitum 12. § final ff. de fundo instructo, pudiera el contrario omitir, porque no refirieramos sus palabras, y las de el texto tambien, q̄ no es el parrafo final, sino el § si quis. 46. que es vno de los textos mas principales que ay en nuestro fauor, y la dicha glossa quien con mas claridad enseña la distincion que emos assentado de enumerarse las especies, o los indiuiduos. El texto dixo: *Si quis fundum ita vt instructus est, legauerit, & adiecerit cum supellectili, vel mācipijs, vel vna aliqua re, quæ nominatim expressa non erat, vtrum minuit legatum adjiciendo speciem, an vero non quæritur? Et Papinianus respondit, non videri minutum, sed potius ex abundanti adiectū.* Quid clariùs? Las palabras de la glossa, verbo, videri, son: *Hic nominauit aliquid de speciebus, quādo plures species erant in instrumento, vt suppellex, & mancipia, quas nominando non est recessum a priori voluntate: verùm si nominasset aliquid indiuiduum de illis, quæ continebantur in instrumento, vel proprio nomine, vel aliqua demonstratione, quæ vice nominis fungitur, vel adjciendo verum numerum, vt duos vel tres recessum, videtur à priore voluntate, eatenus vt de alijs mancipijs eiusdē speciei præter quæ nominauit (licèt ibi sint plura) non teneatur.*

Eodem morbo laborant, el conf. 65. de Geminiano, el conf. 8. de Oldrado, la disceptacion 558. de Graciano, el conf. 92. de Decio, la adicion de Vrsillo a la decision 106. de Afflictis, las presumpciones de Menochio 138. y 162. en el libro 4. que alega y pondera el Abogado cōtrario, porq̄ con solo leer las palabras que de ellas transcribe, se verà como estos Doctores hablan quādo aunque ay palabras generales, ex adiunctis, numeri, loci, qualitatū, tēporis, personarū, &c. se restringen como lo hazen en la misma clausula de que se trata, aquellas palabras, *que al presente tengo*, por las quales no se extenderâ la asignacion a los bienes

 futuros,

futuros, sino a aquellos que tenia quãdo capitulò: empero esto se aplica mal para probar como la parte cõtraria quiere, que la enumeracion de las especies restringierõ: porque no obran este efecto como las qualidades referidas, antes por el contrario interpretan, amplian y declaran, como queda probado.

Los lugares de Ruino y Graciano tampoco son del proposito, porque en ellos solo se controuertia si el heredero tenia obligacion, siendo el legado general, veluti mil ducados, a satisfacerle en dinero, o cumplia con dar bienes apreciados, vt expressè tenet Gratianus num 10. & 11. y de esto a lo que contiene la liquidacion poco va a dezir: demas de que en los casos que refierẽ los dos Autores, huuo fundamento para ello en la forma del contrato, y en la disposicion del testador, como lo denotan aquellas palabras de Graciano del num. 1. *Et secundum formam contractus solutionem faciendam esse in bonis.* Et num. 2. ibi: *Imo etiam quod solutio esset facienda in bonis, secundum dispositionem testatoris.* Et quid mirum que se aconsejasse y decidiesse en esta conformidad.

Desde el nu. 18. muda de medio el Abogado contrario, y quiere probar que el deudor puede elegir pagar en dinero, ò en bienes: sin aduertir que con esto viene a impugnar ex diametro la Executoria que tiene contra si, en que se mandò hazer el rateo *en los juros, rentas, y demas bienes*, & quod peius est, tiene contra si lo mismo q̃ pocos renglones antes en el nu. 15. dexò assentado, videlicet, q̃ la asignacion que el General hizo, *fue vna daciõ insolutum, y que assi luego que daron adjudicados y pagados los 4 U. ducados de renta en los mismos juros y rentas que entonces tenia.* Estas son sus formales palabras. Quomodo ergo en vna cosa adjudicada y pagada por el deudor en su vida, quiere q̃ entre la eleccion y nueua satisfacion que aora dà al acreedor que naciò muchos años despues, siendo assi, que ni aun obligacion puede dàr, pues solutione eius quod debetur omnis obligatio tollitur, conforme al principio vulgar.

Empero concedamos que no ay Executoria, y q̃ la parte no ha hecho la alegacion referida, sino que estamos en terminos de vna asignacion, no de aquellas *quæ causa taxationis,*

xationis, & per conditionem fiunt, sino de las q̃ causa demonstrationis tantummodo, vel adiudicationis como el contrario quiere, apponũtur, conforme la distincion que haze el Consulto en la. l. si sic. §. 1. ff. de legat. 1 ibi: *Nam inter falsam demonstrationem, & falsam conditionem, siuẽ causam multum interest.* Cui addo Valascum in praxi partitionum, cap. 20. à numero. 21. Garciam de expensis, cap. 4. à numero. 30. *Tunc autem causa demonstrationis fit assignatio, quando quis duplici oratione vtitur altera respiciens obligationem, altera solutionem, vel quando*, aunque sea vna misma la oracion, todavia la assignacion mira a la execucion y paga, como prueba biẽ Garcia vbi supra, qui latè rem prosequitur; veluti en nuestro caso, donde primero se haze la obligacion de los quatro mil ducados de renta, y luego se assignan en los bienes, juros, y rentas, &c. De esta assignaciõ hablò Vlpiano en la ley quidam testamento. 99. ff. de legatis. 1. ibi: *Verosimilius esse patrem familias demonstrare potiùs hæredibus voluisse, vnde aureos quingentos, sine incommodo rei familiaris contrahere possent.* Y mas a nuestro proposito la ley Paulus Calimaco §. Iulius. ff. de legat. 3. *Placuit Imperatori non videri fideicommissum, sed demõstratum vnde accipere posset.* Que es lo que quiso hazer el dicho General, assignar de donde esta renta auia de cobrarse.

En esta assignacion, pues, la resolucion llana y corriẽte es, q̃ si se haze en alguna disposicion reuocable, se puede reuocar, y no obliga a su cumplimiẽto: empero puesta en algun contrato, o otra disposicion irreuocable hecha con algun tercero, obliga, y se ha de cumplir, haziendose la paga en los mismo bienes assignados. Notase esto comunmente en la ley 19. de Toro, y tiene buen fundamento en sus palabras, ibi: *Y puedan señalar en cierta cosa, o parte de su hazienda el tercio y quinto, o mejora.* Mejor texto es la ley 20. luego siguiente, en que se manda, que la mejora se pague en los bienes en que se assignò precisamente. Todo esto notô Angulo en la ley 3. tit. 6. de las mejoras, lib. 5. compilationis, num. 1. & 4. Et rursus num. 7. ibi: *Idem erit quando melioratio fuit facta in contractu oneroso cum tertio: nam tunc assignatio in eodem contractu facta, & acceptata tanquam pars ipsius esset etiam irreuocabilis.* Lo mismo repitiò en la ley 4. glossa

glossa 4. ibi: *Res igitur assignatæ pro melioratione præcisæ dãdæ sunt, vt hic, nec admittatur hæres quauis occasione offerendo æstimationem, &c.* Sequitur Matiênço in dict. l. 4. gloss. 3. per totam. Optimè Azeuedus in dict. l. 4. num. 1. ibi: *Præcisam necessitatem inducit* (scilicet hæc lex) *ita vt inuito meliorato, non possit melioratio solui in alijs rebus, aut nummis quam in ijs in quibus designatio facta fuit.* Lo mismo enseña Antonio Gomez en la ley 19. de Toro, nu. 5. donde quando ex causa onerosa fit donatio, haze tan inseparable la assignacion de los bienes assignados, *etiam si generice, & non specificè facta sit*, que enagenandose algunos, quiere que *pro ea parte donatio reuocetur.* Aun mas lo amplio Cifuentes in dict. l. 20. Tauri, ibi: *Melioratus debet habere meliorationem in rebus sibi pro melioratione assignatis, vel quando melioratio non fuit in certis rebus assignata, habebit eandem de rebus meliorationẽ facientis, & non cogitur recipere pretium, siue valorem meliorationis si non vult, præterquam si hæreditas commodè diuidi non possit.* Y aunq̃ estos textos y Doctores hablan en mejoras, lo mismo se entiende en qualquiera contrato, como bien probò Matienço in dict. l. 4. gloss. 3. num. 3. con los Doctores que alega, reprobando a Tello Fernandez, y habla en donació inter viuos, que es nuestro caso, todo en fuerça de la assignacion, la qual causa hypoteca en los bienes assignados, como quisieron algunos, teste Ludouisio decis. 397. nu. 5. latissimè Garcia de expensis, cap. 4. à num. 33. videndus numero. 51. *Quamuis enim* (dize) *in fauorem hæredis assignatus fundus fuisse videatur, vt facilior fit solutio, nihil tamen vetat, quod ad firmitatem quoque legati intelligamus demonstratum, cum æquè velit testator dispositionem suam adimpleri.* Que es lo que quiso el General, con esta assignacion assegurar que el contrato tendria firmeza, como de las mismas palabras consta: de que se conuence, que auiendo assignado estos quatro mil ducados en los bienes que tenia entonces, y siendo assi que quedò deudor de ellos por causa onerosa de matrimonio en que interuino tercero, no parece tiene fundaméto querer que se dexen de pagar en los mismos bienes.

A que no obsta la ley non amplius 27. §. cũ bonorum, ff. de legat. 1. que el contrario nos opone, porque la especie

de aquel texto es muy diferente de la nuestra: tratase en el de los legados de *quota hæreditatis, vel bonorũ,* veluti quãdo vno dexa a otro la tercia parte de su herẽcia, la quarta parte de sus bienes, &c. entonces se dudô, *an rerum partes, an æstimatio debeatur*, y se concedio al heredero la eleccion, en tal manera, que si las especies o indiuiduos tienen commoda diuision, como los juros, rentas, el dinero, las mercaderias, &c. pueda dar la parte de cada vna que tocare al legatario, o si mas quisiere, pagarle la estimacion de todas las partes de ellas: *Vt ipse eligat* (dize) *an rerum partes, an æstimationem dare voluerit.* Y en la ley siguiente, de que no haze mencion el contrario, se tocò otra question mas del caso de este pleyto, scilicet, si podrà el heredero en vna o mas pieças de la herencia, veluti en vn juro en dos casas, pagar al legatario la quota bonorum, seu hæreditatis que ha de auer: y lo que se decide es, *Potest autem hæres, vel in paucioribus, vel in vna re relicta partem legatario dare*: pero esto ha de ser (añade) *in quem legatarius cõsenserit, vel iudex existimauerit,* auiniendose con el legatario, o auiniendolos el Iuez: y añadio Acursio, verbo, *æstimauerit qui consideret, quod vtriq; expedit*: por manera que no se atiende solamente a la conueniencia de el deudor, sino a que ambos queden satisfechos. Esto, señor, no se aplica bien a este pleyto, ni a la pretension tampoco de la parte contraria, porque habla en legado q̃ es donacion, y aqui litigamos en vn contrato oneroso, y habla en quota bonorum, seu hæreditatis, no en cãtidad cierta como la a q̃ el General Iuan de Vribe se obligò, y habla quando el legado se dexò absolutè, no quando como aqui huuo asignacion en bienes ciertos, nempè los que el dicho General tenia al tiempo que se casò. Todo esto apuntô Mauro Pirro de solutionibus, cap. 7. num. 18. donde explicando la regla ordinaria, *aliud pro alio inuito creditore solui non potest*, llegado a vna de sus limitaciones, que es la que se saca deste texto, dixo: *Limita in legatario, vel fideicommissario, cui relicta est certa quantitas absolutè, quia propter incommodam diuisionem permittitur, vt æstimationem soluat.*

Esto demas de que, conforme sentir de todos los Regnicolas, la decisiõ referida està corregida por la ley 20. de

Toro, que quiso, como dexamos apuntado, que la assignacion se cumpliesse en los bienes assignados: assi lo dixo Castillo en la misma ley 20 verbo, *Los hijos*, versic. *Per quod multa reprobantur iura signanter lex non amplius, &c.* Matienço in l. 4. tit 6. lib 5. nouæ Recopil gloss. 1. num. 3. & gloss. 2. num. 1. & 9. donde reprueba a Tello Fernandez, a quien cita el Abogado contrario, Angulo ibidem gloss. 2. n. 1. & gloss. 5. n. 1. Anton. Gomez in dict. l. 20. Tauri. n. 3. vbi eius Additionator alios congerit.

Y diximos que tampoco el §. cum bonorum, haze a proposito de la pretension de la parte contraria quando estuuieramos en los terminos de el porque lo que su Abogado quiere probar es, que puede el deudor pagar en qualquiera especie de los bienes, y esto no lo dize el texto, sino que puede eligir, *an rerum partes*, que es el rateo, *an æstimationem dare voluerit*, que es el valor, y lo mismo dizẽ los Doctores que refiere, y especialmente el lugar de Graciano en la discept. 141. n. 1. cuyas palabras transcribe, ibi: *Quamuis legatarij velint bona, poterint soluere in pecunia*, y esto es lo que no quiere la parte contraria.

En quanto a la ley si quis stipulatus fuerit decem in mele. 57. de solutionibus, de que tambien se vale, su decision està tan lexos de fauorecerle, que quando estuuieramos en el caso del §. cum bonorum, y tuuiera la elecciõ q̃ quiere, no se la permite. Sus palabras seràn buena prueba: *Si quis stipulatus fuerit decem in mele, solui quidem mel potest antequam ex stipulatu agatur, sed si semel actum sit, & petita decem fuerint, amplius mel solui non poterit.* Mas breue es su conclusion: *Contestatio litis tollit facultatem soluendi.* Vea pues la parte contraria el estado q̃ el pleyto tiene para hazer la eleccion, que no parece necessario gastar en esto mas tiempo.

Desde el num. 20. hasta el 23. se vale el Abogado contrario de otra defensa, que mira a aquella parte de los 4U. ducados de renta, q̃ rateò el Relator a las mercaderias, plata y reales, y quiere cumplan los acreedores con pagarla en los bienes que oy se hallan, que son juros y rentas, conforme la Authentica hoc nisi debitor, Cod. de solutionibus. Y a la verdad, si considerâra con atenciõ lo que este texto decide, bien me persuado que no se valiera de el, porque es

con-

confessar la obligacion, y no dar buena salida a la paga, segun los requisitos que para ella en el se piden: seys ó siete juntò Iuan Gutierrez, qui latè rè prosequitur, de iuramento confirmatorio, cap. 29. per totum, contiene pues, como claramente se dize en la ley 3. tit. 14. part. 5. in principio vna excepcion de la ley cum quid .16. antecedente, por la qual no se permite pagar al acreedor aliud pro alio, y limitala, *nisi debitor in pecunia, vel alia re mobili soluere nequeat*, y entonces *res immobilis* (dize) *quam debitor habeat meliorē soluere potest*. La razon dio la glossa, verbo, *Meliorem*, ibi: *Ideò quia vnum fit cōtra creditorem, vt inuitus aliud pro alio recipiat; aliud fit pro eo, scilicet, vt optimam rem habeat in solutum.* Algo templò esto la ley de Partida, si bien no lo dexò a la volūtad del deudor, sino al arbitrio del Iuez, ibi: *A bien vista del juzgador*, como lo notô alli el señor Gregorio Lopez, y cō el y otros Gutierrez vbi supra, y hasele de dar al acreedor: *Facta per iudicium subtili eius causæ æstimatione*, no vn juro a veinte el millar, real por real, como debe de querer la parte contraria, sino como dixo la glossa en la posicion de caso: *Æstimabit iudex quantum valeat res illa, quæ datur creditori in solutum.* Y no es esto lo mas, sino que si el acreedor *paratus sit emptorem, ei præstare oportet debitori rem, tunc distrahere vt satisfiat creditori.* Vea pues la parte contraria si le està bien este medio, que ni faltarâ comprador para los juros y rentas que ay que vender, ni tomandolas por el justo valor que oy tienen perderân mucho los interessados en el mayorazgo.

A lo que se añade en razon de si ay cosa juzgada o no sobre la forma en que se ha de hazer esta paga, no parece necessario responder, porque al principio de este papel se entrò por nuestra parte fundando lo contrario, y no se dize cosa con que se excluya, o dificulte.

Y assi passaremos a otra defensa, en q̃ discurre el Abogado contrario desde el num. 23. hasta el num. 30. y entra probando con muchos Derechos y Doctores, que la assignacion que el General Iuan de Vribe hizo de los quatro mil ducados de renta sobre que se litiga, fue en los bienes que tenia al tiempo q̃ otorgò la Escritura, los quales quedaron afectos a la paga, y que assi para saber en que piezas

estan

estan asignados, es menester ajustar los que entonces tenia. Todo esto, señor, demas de que fue lo mismo q̃ hizo el Relator, no solo se lo confessamos ingenuamẽte, con q̃ no tenia para que gastar tiempo en probarlo, empero fundamos en ello buena parte de nuestra justicia, como queda apuntado en este Discurso, bien que esto ha de ser cõ tanto que no se deslice a dezir, que los demas bienes futuros no estan obligados tambien, como parece lo apunta en los numeros 25. y 26. porque lo contrario es cierto, considerando, q̃ en la dicha Escritura ay dos cosas distintas: nẽpè, la obligacion de la persona y bienes auidos y por auer del dicho General, a guardar lo contenido en las capitulaciones matrimoniales, vna de las quales fue acrecẽtar el Mayorazgo de la Casa de Oçaeta en quatro mil ducados de renta, por la qual los bienes todos presentes y futuros quedaron y estan generalmente hipotecados a ella. Otra, la asignacion que para mayor firmeza hizo *en los bienes, juros, y rentas que entonces tenia*, con que los presentes quedaron afectos, o como se ha dicho con Iuan Garcia y otros, especialmente hipotecados, vel como la parte contraria dize, adjudicados, y dados in solutum. De donde se infiere, que aunque los que tunc temporis tenia faltàran, & perinde la hipoteca especial, o asignacion, no nos faltara la hipoteca general: *Quamuis constet* (dixo la ley 2. Cod. de pignoribus) *specialiter quædam, & vniuersa bona generaliter aduersarium tuum pignori accepisse, & æquale ius in omnibus habere iurisdictio tamen temperanda est, ideoq; si certum est posse eum ex ijs, quæ nominatim ei pignori obligata sunt vniuersum redigere debitũ, ea quæ posteà ex eisdem bonis pignori accepisti, interim tibi non auferri præses prouinciæ iubebit*. Por manera que si biẽ tenemos obligacion de començar por los bienes asignados, no por esso perdemos el recurrir si fuere necessario a los obligados generalmente adquiridos despues.

Y no estrañarà esto el Abogado contrario, pues nos lo dexô no solo confessado, sino probado en muchas partes de su Papel, præcipuè en el num. 19. en que entra con estas formales palabras: *Y en los terminos deste pleyto no tiene esto ninguna duda, porque en la capitulacion la substãcia de la obligacion consistiò en la cantidad de los quatro mil ducados de renta,*

y los

y los bienes, juros y rentas se señalaron en diferente oracion, demonstrationis gratia, y assi no consistio en ella la substancia de la obligacion, ni quedaron afectos los mismos cuerpos, ni efectos que el General tenia entonces, nec fuerunt in solutione, y siempre que se paguen los quatro mil ducados de renta en bienes redituosos, se cumple aunq̃ no sea en aquellos mismos bienes que entonces tenia, porque no consistio la obligacion en ellos, sino en la cantidad generica de los quatro mil ducados de renta, y assi los pudo enagenar y consumir, &c. Quomodo ergo se compadece esto con querer aora tan rigurosa liquidacion de los bienes que el General tenia quando capitulô, para que ellos y no otros esten obligados?

Empero vamos norabuena por el camino que el Abogado contrario quiere, que es el mismo que lleua la liquidacion, y no padece duda que en todo rigor Mathematico los bienes en que por ella se ratean los quatro mil ducados de renta, eran del dicho General, y se posseian por el al tiempo que las capitulaciones matrimoniales se otorgaron, si bien no era necessario tanto aprieto, valiendonos de dos, ò tres principios de Derecho muy vulgares y corrientes. El primero sea, que aunque la probança del dominio es muy dificultosa, como bien prueba Mascardo de probationib. conclus. 536. esto se entiende para la reivindicacion: empero para probar *Debitorem meum tempore obligationis, vel hypothecæ dominum fuisse* (que es nuestro caso) *sufficit probare possedisse rem vt suam, vel in bonis eius esse.* Assi lo probò con muchos el mismo Mascardo conclus. 537. à num. 13. Sea el segundo principio el de la ley final C. de reivindic. de donde dizẽ todos, q̃ *ex possessione probatur dominium.* Y assi el posseedor de vna cosa se presume dueño y señor della, y el que dize lo contrario, ha de probarlo. Notan esto los Canonistas cap. in Eccles. Sutri de causa possessionis, & proprietatis: y es buen lugar el de Cancerio lib. 2. variar. cap. 4. num. 33. y muy copioso el de Mascardo conclus. 540. num. 21. & 22. Y assi con probar que el dicho General tunc temporis posseia los dichos bienes, nos bastaua sin la rigurosa y dificultosa probança del dominio. El tercer principio sea el de la ley siue possidetis. C. de probationib. por el qual el que posseia, o era señor, v. g. aora vn año, se presume que aora possee, y es señor: y el que se prueba que possee aora, se presu-

me

me que posseia aora vn año, que es el brocardico comun: *Olim possessor præsumitur hodie possessor: & è contrario.* De quo latissimè, & cum copiosa Doctorum allegatione, Mascard. conclus. 551. n. 1. cui titulus: *Dominus qui olim fuit, an præsumatur esse hodie dominus?* Y entienden esto muchos Doctores no solo en los bienes rayzes, sino en los muebles tambien, maximè quando no se dà accidente en que se pudieran enagenar, como con muchos Derechos y Doctores se probò en la decision 127. de Genoua, que anda con los tratados de mercatura, desde el num. 4. Faciunt plura, quæ refert Pinelus de rescindenda vendit. 3. par. à num. 5. Conque quando probaramos que el dicho General auia tenido, o posseido los bienes rateados vn año, o dos antes, o despues de las dichas capitulaciones, teniamos tambien probado el tunc temporis que de contrario se pide.

Empero sin valernos destos principios se hizo el ajustamiento en quanto a los juros y rentas (muchos delos quales se conseruan oy) por los mismos titulos, mediante los quales se adquirieron al dicho General, y a sus antecessores que es la mayor y mejor probança que se pudo hazer, teste Afflictis decis. 28 num. 4. & 5 Boerio quæst. 52 n. 25. Mascard. conclus. 550 n. 3. Y consta de esto por instrumentos publicos, conque no se puede pedir mas: *Facit enim instrumentum publicum probationem probatam, euidentem & manifestam, euidentissimam, realem, indubitatam, & notoriam, quæ non indiget disceptatione fori, sed habet vim decisionis causæ, & in eo fundatur intentio.* Palabras son del señor Don Iuan del Castillo, qui latê rem prosequitur, ferè infinitos congerens lib. 2. quotidianar. cap. 16. a num. 9. Y esta misma probança ay en quanto a la grana, plata y reales, porque para ella se sacaron las mismas fees de registro conque se remitieron de Indias, de las quales aunque dixeron algunos que por la consignaciō no se adquiria dominio: esto se entiende quando solo ay cōsignacion, no empero quando dizen que lo que se consigna viene por quenta y riesgo del consignatario, o procedido de hazienda, cobranças, &c. Assi se nota en la ley nunquam nuda, de acquirendo rerum dominio, Bartol. in l. si constāte. ff. soluto matrim. num. 92. & 93. Baldus in l. 2. num. 7. C. communia de legatis, que es lo que estos registros dizē,

y

y ay cõ ellos, y los recibos q̃ dio, y se dieron por sus poderes en la Cõtratació, ajustandose tã rigurosamẽte, q̃ de lo que vino el año siguiente a las dichas capitulaciones, solo se hizo cargo de aquellas partidas q̃ por los mismos registros consta, procedieron de mercaderias remitidas a las Indias antes de las dichas capitulaciones. Conque per necesse a el tiempo que se hizieron ellas, con su procedido pertenecieron al dicho General.

A esto se nos opone en el num. 29. que las mercaderias que el General auia embiado a Indias, de q̃ procede la grana, plata y reales, en q̃ se haze el rateo, no estauan en su dominio, ni las posseia quando capitulò; y para esto se trae la ley rem in bonis ff. de acquirendo rerũ dominio: la ley 38. § habere, de verbor. obligationib. y la ley habere 138. ff. de verbor. signif. que son de vn mismo argumento. Y a la verdad, si se truxeran para impugnar la objeccion, no se que se pudieran hallar mas a proposito: *Rem in bonis nostris habere intelligimus* (dixo la ley rem in bonis) *quoties possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam, actionem habemus*. Sumòla galanamente Alberico: *Potestas retinendi possessum, & agendi ad non possessum, indicat rem esse in bonis*. Y no la explicò mal Ioseph Mascardo de probationib 2. tom. conclus. 536 donde auiendo puesto por regla en el num. 1. *Dominiũ probare debet qui agit petitorio, aliàs succumbet*. Dize en el num. 13 *Quartò limitari poterit in creditore agente hypothecaria contra tertium, non enim ei si quæstio dominij ab eodem referatur, probandum est debitorem tempore obligationis rei obligatæ, vel hypothecatæ dominum fuisse, eò quod dominij probatio sit omnium dificillima, sed satis erit probare rem hypothecatam tempore obligationis in bonis debitoris fuisse, hoc est, debitorem possedisse rem obligatam tẽpore obligationis vt suam, cuius probatio non est adeò difficilis*. Vea pues la parte contraria, para ajustar que el General Iuan de Vribe al tiempo de la obligacion habebat in bonis las mercaderias que remitio a Indias, si podia pedirlas, o su procedido, a quien se las quisiesse retener: o si estando en su poder las pudiera defender de quien quisiera pedirselas? Que siendo, como es esto innegable, lo es tambien que las comprehendio la asignacion, e hypoteca, y que assi en el rateo se procedio bien.

La

La ley stipulatio ista 38. §. habere. 9. ff. de verbor. oblig. aunque en menos palabras, aun dixo esto con mas claridad, ibi: *Habere dupliciter accipitur, nam eum habere dicimus, qui rei dominus est, & eum qui quidem dominus non est, sed tenet.* De manera que no es necessario probar precisamente dominio para que entre la hypotecaria, & perinde la asignacion; sino que el General *Tenebat eas merces*, que es mucho menos, *vel possidebat*, como amplió Acursio, verbo, Tenet: *Nam verbũ habere* (dixo Donelo en el comentario a este texto) *in usu loquendi accipi pro tenere, quod pro conditione rerum & personarum, in quas dominium, aut ius aliud non cadit, accipiendum est.* Vna palabrilla añadio la ley habere 138. de verbor. obligationib. conque todas estas doctrinas no necessitan de otra aplicacion a nuestro caso: *Habere duobus modis dicitur* (dize) *altero iure dominij, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit.* Por manera que teniendo en su poder vno lo que comprò, bien dezimos *Rem in bonis habere.* Y assi o ya consideremos las mercaderias que el General remitio a Indias en su poder, seu de sus mandatarios, o consignatarios, q̃ es lo mismo: o ya las que se compraron del retorno y pago de ellas despues, bien dezimos que la asignacion o hypoteca las comprehendio, y que les cayò bien el rateo. Es buen texto la ley prędia. §. liberto. ff. de fundo instructo, donde *Testator legaberat fundum, & ea quæ in eo essent tempore mortis suæ, & cum in eo fundo eo tempore conditi testamẽti haberet vinũ in dolijs, partem eius vendidit, & pretium recepit. Respondit Scæbola, in eo legato contineri nummos illos ea ratione, quia testator habuit nummos loco vini venditi, quod alioquin in legato continebatur.* Palabras son de Menochio præsumpt. 138. num. 13. lib. 4. que prueban bien que la grana, plata y reales que se hizieron de las mercaderias que el General tenia quando capitulò, se subrogaron por ellas, y assi se ratearon justamente.

Y a la instancia que haze el Abogado contrario con la decision de Fontanela, y la presumpcion de Menochio, se responde facilmente, conque como queda dicho muchas vezes, quando el que dispuso, vsô de palabras restringentes, que entonces conforme ellas fuerõ, quedarà limitada mas o menos la disposicion. Y assi si dixere que manda a Pedro el dinero que tiene estante, claro està que comprehenderà

omnem

omnem pecuniam numeratam: pero no otros ningunos bienes muebles, rayzes, ni acciones. Si dixo que le mandaua el dinero que tenia en el arca, no se comprehenderà el dinero q̃ estaua fuera della. Si le mandò quatro mil ducados assignados en los bienes que entonces tenia, no se comprehenderân los futuros, empero comprehenderanse aquellos q̃ tunc temporis habebat, sin que aya menester mas prueba que el lugar de Menochio, que se alega de contrario, presumpt. 138. vers. Octauus est casus, num. 13. donde se propone, *Si tutor legauit omnem quamcumque pecuniã in domo sua existentem, an contineatur pecunia nondum exacta, atque ita nomina debitorum? &c.* Y claro està que la nondum exacta, & quæ in domo non erat, no se podia contener.

Siguense los nu. 30. y 31. en que quiere probar el Abogado contrario, que las mercaderias y el dinero procedido dellas no se comprehenden en la hypoteca general: cosa en cuya respuesta no gastarêmos mucho tiempo, porque la resolucion cierta y corriente es, que si la disposicion es general, en ella appellatione bonorum se comprehende el dinero, los bienes muebles, mercaderias, y otras qualesquiera cosas. Empero si està restringida a algun lugar, veluti: Mãdole los bienes que tengo en mi casa, obligo mis bienes muebles que tengo en Cadiz, &c. entonces no se comprehendẽ regulariter pecunia numerata, res venales, &c. De la primera parte desta distincion, q̃ es lo q̃ nos toca, se entiẽde la ley cũ tabernã 34. §. vltimo ff. de pignorib. donde Sceuola dixo: *Creditor pignori accepit à debitore quidquid in bonis habet* (los bienes que al presente tengo) *habiturus ve esset; quæsitum est; an corpora pecuniæ quam idem debitor ab alio mutuam accepit, cùm in bonis eius facta sint, obligata creditori pignori esse ceperint? Respondi cepisse.* De donde sacò por conclusion Bartulo: *In obligatione generali venit etiam pecunia quocumque modo quæsita.* Y Fulgosio: *In generali obligatione bonorum veniunt nummi ab alio creditore crediti.* Lo mismo probaron tambien la ley generali 32. §. vsumfructum 8. y la ley vxori 24. ff. de vsufructu legato, quibus addo plures, quos allegat Surdus consl. 26. num. 7. Altogrado nouissimè, qui latè rẽ prosequitur consl. 70. per totum. En quanto a la segunda parte, demas de Altogrado en el lugar referido, ay dos lugares

copiosos y magistrales, donde todo esto està disputado y resuelto, son de Arias Pinelo, en la Rubric. de bonis matern. nis, en la 1. part. desde el num. 29. hasta el fin, y en la 2. parte desde el num. 44. hasta el final, donde estan entendidas la ley cum tabernam, y todas las demas de este argumento, con la copia y eminencia que este autor suele.

Restanos responder a tres objecciones con que la parte contraria acaba su papel. La primera que comiença al numero 32. es, que estando las rentas del General Iuan de Vribe impuestas a diuersos precios, desde doze hasta veinte, y debiendo el Relator adjudicar al Mayorazgo la parte que le tocaua en cada vna, no lo hizo, antes formò vn computo de todas, confundiendo su valor.

La segunda al num. 33. que el Relator quiso obligar a los acreedores a que tomassen in solutum los juros a razõ de 20. el millar, no tocando esto a su oficio.

La tercera, que no ajustò, ni liquidò la tercia parte de los quatro mil ducados de renta de que pudo disponer Dõ Iuan de Vribe, hijo del dicho instituidor.

Empero todo esto es, señor, buscar que alegar, porque ningun fundamento tiene, y en realidad de verdad la liquidacion està ajustada. Porque en quanto a lo primero, justissimamente el Relator, por no andar partiendo y diuidiendo los juros y rentas, de que era preciso seguirse confusion y costa, hizo computo de los valores de todas las rẽtas que el General Iuan de Vribe tenia al tiempo de las capitulaciones, y ajustando que salian a quinze mil y quinientos el millar, hizo la quenta a este precio de la cantidad que le tocaua al dicho Mayorazgo, sin auerse entremetido en hazerle pago ni adjudicacion de bienes algunos por la dicha cantidad, en que no solo no huuo agrauio de las partes, empero quedaron acomodados quedando las pieças enteras, y mas faciles de despachar y cobrar.

En quanto a lo segundo, se equiuocò conocidamente la parte cõtraria, porq̃ ni el Relator dio in solutũ a los acreedores cosa alguna, ni en tal se entremetio. lo q̃ hizo fue, atẽto a que en la separacion de bienes q̃ hizo entre el General Iuan de Vribe y su muger, se le adjudicaron al dicho General los juros a razõ de veinte el millar, y podria ser que los

acree-

acreedores no losquisiessen in solutum a este precio, reseruarle el derecho al dicho General y sus sucessores, que es cosa muy distinta delo que la parte contraria entendio.

Desta calidad es el tercero reparo desde el num. 34. hasta el 41. porque breuemente en el hecho lo que passa es, que en la tercera instancia los acreedores intentaron dezir que Don Iuan de Vribe hizo testamento, en conformidad de la facultad que su padre le dio, en que dispuso de todos los bienes del dicho Mayorazgo, y que por lo menos en la tercia parte en que tuuo facultad para disponer como quisiesse, los acreedores a quien el estaua obligado, se debian pagar. A esto se le satisfizo por nuestra parte, conque el dicho Don Iuan auia muerto sin hazer testamento, y el que se dezia auer dexado en poder de vn Religioso, no lo era: demas de que quãdo huuiera testado, por no auer guardado la forma que su padre le dio, que fue disponer de las dos partes en obras pias, y de la otra como quisiesse, auia llegado el caso preuenido por su padre, que era adquirirse por via de Vinculo y Mayorazgo todos los quatro mil ducados de renta a los hijos y descẽdientes de su hermano Sãctiago de Vribe.

Por ser hecha esta alegacion en la tercera instancia, y no estar instruida, ni para determinar, se reseruô en la sentencia de Reuista, para que los acreedores pidiessen su justicia como viessen que les conuenia.

Esto pues supuesto, como podia el Relator hazer liquidacion alguna, y como puede aora tratarse della, siendo assi que primero se ha de poner demanda en forma, seguirse el negocio, y auer executoria en el, para q̃ luego pueda entrar la liquidacion?

Conque parece que la parte de el Mayorazgo pretende bien que la liquidacion se apruebe sin deferir a los agrauios que la parte contraria ha expressado della. Esto debaxo de la dignissima censura de V.S.

Lic. Antonio Perez

acreedores no los quisiessen admitir a este precio, refer-uarle el derecho al dicho General y a sus sucessores, que es cosa muy distinta de lo que la parte contraria entendio.

Desta calidad es el tercero reparo desde el num. 34 hasta el 41 porque la vehemencia en el hecho lo que passa es, que en la tercera instancia los acreedores intentaron dezir, que Don Iuan de Vrsua hizo testamento, en conformidad de la facultad que su padre le dio, en que dispuso de todos los bienes del dicho Mayorazgo, y que por lo menos en la tercia parte en que tuuo facultad para disponer como quisiesse, los acreedores auian de ser obligados, y se deuian pagar. A esto se les satisfizo por nuestra parte, con que el dicho Don Iuan auia muerto sin hazer testamento, y el que dezia auer dexado en poder de vn Religioso, no lo era; demas de que quando huuiera testado, por no auer guardado la forma que su padre le dio, que fue disponer de las dos partes en obras pias, y de la otra como quisiesse, auia llegado el caso preuenido por su padre, que era adquirirse por via de Vinculo y Mayorazgo todos los quatro mil ducados de renta a su hijo, y descendientes de su hermano Santiago de Vribe.

Por ser hecha esta alegacion en la tercera instancia, y no estar instruida, ni para determinarse teniendo esta sentencia de Rota, para que los acreedores esperassen la justicia como vieran que les conuenia.

Esto presupuesto, como pudiera el Relator hazer liquidacion alguna, y como puede ser nota escandalosa siendo algo que primero se ha de poner contanda en forma, seguiria el mayor inconueniente de el, para q luego puesta entrara la suplicacion?

Con que no parece que la parte de el Mayorazgo pretendio bien que la liquidacion se aprueue sin deuendo lo agrauia que la parte contraria a expusiesse della. Esto dexando de la dignissima censura de V.S.

Lic. Antonio Perez.